

DA TERCEIRIZAÇÃO E DA FLEXIBILIZAÇÃO COMO ESTÁGIOS PARA A GLOBALIZAÇÃO

FRANCISCO ANTONIO DE OLIVEIRA
Juiz do TRT – 2ª Região

SUMÁRIO

1. Do termo terceirização; 2. Do conceito; 3. Do objeto; 4. Da natureza jurídica; 5. Da terceirização em termos de globalização; 6. Da terceirização e a flexibilização; 7. Do papel social da empresa; 8. Das novas tendências num mundo globalizado; 9. Das exigências num mercado consumidor; 10. Da terceirização e a ótica mercantil; 11. Das tendências flexibilizadoras; 12. Do direito comparado; 13. Da flexibilização das normas trabalhistas; 14. Da terceirização como fator de racionalização; 15. Das consequências positivas e negativas da terceirização; 16. Da terceirização e o setor informal; 17. Da função social do Direito do Trabalho; 18. Do direito do trabalho no Brasil; 19. Da automação e o desemprego; 20. Dos encargos sociais e o impacto econômico; 21. Da necessidade de um pacto social em prol da flexibilização; 22. Dos limites da terceirização; 23. Das consequências da terceirização; 24. Dos desvios na terceirização; 25. Da terceirização no serviço público; 26. Da quarteirização; 27. Da terceirização e enfoques trabalhistas; 28. Da facilidade para a criação de sindicatos; 29. Do sindicato e a posição do não

associado; 30. Da situação das microempresas; 31. Do contrato coletivo; 32. Do Poder Normativo da Justiça do Trabalho; 33. Da terceirização sob a ótica legal e jurisprudencial; 34. Da economia informal; 35. Do treinamento de funcionários.

1. DO TERMO TERCEIRIZAÇÃO

O termo *terceirização* não define bem o conteúdo que se busca atingir. Não se cuida em verdade de simplesmente entregarem-se serviços a terceiros, mas sim de retirarem-se da linha de produção etapas coadjuvantes da atividade - fim, ditas secundárias ou terciárias, entregando-as para a execução. Ou, da entrega de serviços, v.g., limpeza, segurança, a terceiros. Em se cuidando da retirada de etapas da linha de produção, a entrega a terceiros é uma consequência e não fator principal. Todavia, o termo *terceirização* foi concebido em sede trabalhista que denomina terceiro aquela pessoa (física ou jurídica) a quem é transferido um determinado trabalho ou fase produtiva. A terceirização tem como consequência imediata a substituição dos empregados daquela etapa produtiva, do que resulta que o trabalho, antes executado por empregados, passará a ser executado por terceiros. Temos, pois, que o terceiro inclui-se, aí, numa relação horizontal em face do binômio capital e trabalho (trabalho = empregado + terceiros). Entretanto, em relação ao produto acabado poder-se-á pensar numa triangularidade (produto acabado = capital + empregado e terceiros). Lembra Arion Sayão Romita, *A Terceirização e o Direito do Trabalho*, LTr. 56.03-273, que: *Em linguagem científica, a palavra terciário é preferida a terceiro*. Adverte, todavia, que *Com terciarização não se confunde o fenômeno da terceirização. Esta consiste na contratação de empresas prestadoras de serviços. Atualmente, emprega-se este vocábulo para designar a prática adotada por muitas empresas, de contratar serviços de terceiros para suas atividades-meio, como esclarece Jerônimo Souto Leiria, Terceirização. Uma alternativa de flexibilidade empresarial - Edit. Ortiz, Porto Alegre, 1991, p. 79 e passim*. Após tecer alguns comentários sobre a inadequação do vocábulo em razão do conteúdo, conclui que: *O vocábulo*

terceiro utilizado neste contexto para designar a empresa prestadora de serviços denota uma preocupação com a possível existência de relação empregatícia entre a empresa tomadora e os empregados da empresa prestadora dos serviços. Mas, se se firma a autonomia e a plena validade jurídica do contrato (de natureza civil) de prestação de serviços, então não teria sentido atribuir ao prestador dos serviços a qualidade de terceiro.

2. DO CONCEITO

Denomina-se terceirização o liame que liga uma empresa tomadora à empresa prestadora de serviços, mediante contrato regulado pelo direito civil, comercial, ou administrativo, com a finalidade de realizar serviços coadjuvantes da atividade-fim, por cuja realização somente responde a empresa prestadora de serviços, não tendo a empresa tomadora qualquer possibilidade de ingerência na mão-de-obra da empresa prestadora. A contratação poderá ter por escopo a produção de bens (etapas de uma linha de produção) bem como a prestação de serviços (limpeza, vigilância, segurança, serviços de importação e de exportação, treinamento técnico de pessoal, etc).

3. DO OBJETO

Busca-se, por intermédio da terceirização, dar maior agilidade à linha de produção e maior flexibilidade nas atividades da empresa tomadora, visando ao mercado comprador (interno e externo), colocando-se como fator primordial dessa busca a redução de custos, tônica do sucesso de qualquer empreendimento. São fatores coadjuvantes desse objetivo: 1) *redução dos custos operacionais*: com a eliminação de etapas secundárias ou terciárias, a empresa tomadora reduzirá a sua folha de pagamento e, com ela, os pesados encargos sociais. A paga que irá despender com terceiros será menor, uma vez que haverá, seguramente, concorrência entre as empresas prestadoras. Da redução de custos daí advindos haverá um aumento no seu capital

de giro; 2) *Aumento da capacidade de produção*: com a terceirização e retirada de etapas secundárias e/ou terciárias haverá uma sobra potencial, quer no espaço físico, quer na linha de produção que desaguará em benefício do produto acabado. E esse potencial poderá ser desenvolvido com a sobra do capital de giro antes mencionado; 3) *Da redução de tempo na escala produtiva até o produto acabado*: com a terceirização e a entrega de etapas secundárias e/ou terciárias a uma ou várias empresas, descentralizando-se o moto produzido, haverá, obrigatoriamente, uma redução de tempo desde a origem até o produto acabado. Essa redução de tempo, além de pressionar para baixo o custo operacional, dará maior flexibilização à empresa para atender a vários pedidos ao mesmo tempo, sem correr o risco de ausência do produto no mercado; 4) *Da excelência do produto*: a terceirização, quando bem administrada, poderá ter influência marcante sobre a excelência do produto. As etapas da linha de produção contarão com empregados especializados e com um rigoroso controle de qualidade, já que, seguramente, haverá também concorrência entre as empresas terceirizadas. A desconcentração das etapas do âmbito da empresa tomadora incentivará a concorrência, reduzirá o tempo de produção, determinará a baixa do custo e refletirá na excelência do produto; 5) *Dos reflexos da excelência do produto*: A excelência do produto, somada à baixa do custo operacional, refletirá imediatamente no mercado comprador, já que a tendência crescente é a de o consumidor dizer o produto que deseja pelo preço que acha razoável. Sem que sejam atendidos esses requisitos não haverá poder de penetração e de competitividade no mercado interno e externo.

4. DA NATUREZA JURÍDICA

A natureza que une a empresa tomadora e a empresa prestadora na produção de bens ou na prestação de serviços é de natureza nitidamente contratual, com características específicas em cada caso em razão do objeto buscado. Na sua grande maioria, o contrato será marcadamente civil, podendo, todavia, tomar

características comerciais quando se objetivar, v.g., o fornecimento de alguma coisa. Daí a maior dificuldade em se verificar a natureza jurídica da *terceirização* como gênero, posto que poderá, sob esse *nomen juris*, apresentar-se com aspectos diversificados numa espécie de transformação camaleônica. Razão colhe, pois, Sérgio Pinto Martins (ob. cit. p. 24), quando afirma que é difícil dizer qual é a natureza jurídica da *terceirização*, pois existem várias concepções a serem analisadas. Dependendo da hipótese em que a *terceirização* for utilizada, haverá elementos de vários contratos a serem analisados.

5. DA TERCEIRIZAÇÃO EM TERMOS DE GLOBALIZAÇÃO

O mundo atual apequenou-se em frente dos sofisticados meios de comunicação e a produção e a comercialização se traduzem em mola propulsora para o sucesso da economia de um país. Desse sucesso industrial e comercial decorrerá em termos finais a criação de novos empregos, a sofisticação do processo produtivo, a melhor distribuição de renda desde que atrelada a objetivo de valorização do trabalho do homem, ancorada em política social bem direcionada e definida. Já se faz consenso ser a *terceirização* fator importante, se bem engajada na escala produtiva. Daí a preocupação que deverá existir por parte do legislador em encontrar o ponto de equilíbrio entre o trabalho *terceirizado* e o trabalho vinculado à relação empregatícia, para que o progresso e o sucesso da *terceirização* não venha compor fator de enfraquecimento do vínculo empregatício. A Organização Internacional do Trabalho demonstra preocupação, através da Convenção nº 122, com a política econômica desenvolvida pelos diversos países, com a criação de novos empregos, com a qualificação do trabalhador e com o fortalecimento empresarial, fatores que devem conviver de forma harmônica em favor do bem comum. E a Convenção nº 161 acena com a possibilidade de *terceirização* em serviços de saúde, art. 7º.

6. DA TERCEIRIZAÇÃO E A FLEXIBILIZAÇÃO

A terceirização não poderá sobreviver à medida que encontrar obstáculos intransponíveis, quer nas leis, quer nos costumes. Em sendo a lei uma construção cultural com o escopo de proteger a uma realidade, deverá propiciar convivência pacífica, num mundo globalizado, entre os contratos de terceirização e o contrato de trabalho, dando possibilidades ao empresário de racionalizar a linha produtiva ao mesmo tempo em que se garanta trabalho ao trabalhador com paga condigna e com valorização da mão-de-obra. Diz um dito popular de sabença universal que *o rio consegue chegar ao mar, porque aprendeu a contornar os obstáculos*. A flexibilização se apresenta como fator de equilíbrio na busca de novos caminhos que deverão trilhar as pegadas da razoabilidade em favor do trabalho e do capital. O fortalecimento da empresa não deve representar risco ao trabalhador, mas incentivo à sua especialização.

7. DO PAPEL SOCIAL DA EMPRESA

Toda propriedade atenderá a sua função social, art. 5º, XXIII e 170, III, CF/88. Toda empresa tem papel relevante como componente de um setor da vida social. A busca do sucesso empresarial, voltado para o bem comum, é um desejo de todos e uma obrigação dos governantes. A saúde econômica e financeira da empresa dará como retorno a colocação de bens no mercado consumidor, poupando o país da importação. A colocação do produto no mercado (interno e externo) com competitividade de preços dependerá de uma política governamental bem direcionada com o oportuno propiciamento de capital de giro a custos razoáveis. E o crescimento da produção, da produtividade com reduzido custo propiciará o crescimento da empresa e, conseqüentemente, a criação de novos empregos e giro maior no pagamento de impostos, etc.

8. DAS NOVAS TENDÊNCIAS NUM MUNDO GLOBALIZADO

Após a revolução industrial, fez-se presente a autonomia individual das partes com possibilidade de livre estipulação pelos interlocutores sociais. Todavia, a experiência obtida não foi a melhor, uma vez que não se poderia falar em autonomia no seu significado mais nobre, quando o poder de barganha estava em situação de desequilíbrio perverso. Os abusos contra os empregados eram constantes e, sem poder de reação, grassava a miséria e a desigualdade social. Com o escopo de reduzir as desigualdades, tem-se a presença do Estado intervencionista no plano econômico e social. Com a presença do Estado tem-se a normatização das relações envolvendo empregados e empregadores e busca-se minimizar a situação com garantias de direitos e fixação de parâmetros mínimos. Procurava o Estado de certa forma garantir, com benefícios legais e sociais, o equilíbrio para a autonomia individual de modo a que o prato da balança não se vergasse ou vergasse menos com o peso do poderio econômico. Percebe-se hoje, entretanto, uma tendência universal de se diminuir o poder intervencionista do Estado com busca de formas outras para os problemas econômicos e sociais. O Estado haverá de permanecer como bom observador para marcar presença em caso de desequilíbrios localizados.

A experiência intervencionista na economia, de certa forma, sempre foi desastrosa e marcada pela incompetência. No plano social, não conseguem os governantes reduzir a miséria que marca contraste com bolsões de riquezas.

9. DAS EXIGÊNCIAS DO MERCADO CONSUMIDOR

A realidade atual aponta para um mercado consumidor cada vez mais exigente. E é esse mercado que diz o produto que deseja pelo preço que considera razoável. Esse é um dado que nenhum país e nenhuma empresa devem menosprezar. Para aproximar-se desse desiderato universal, todo país deverá cuidar da sua política

econômica em sintonia com a tendência mundial. O protecionismo excessivo poderá levar ao afastamento do mercado mundial comprador, com reflexos nocivos na balança de pagamento; mas a liberalidade sem freios poderá ocasionar o sucateamento da indústria nacional. O caminho será o fortalecimento do parque industrial mediante apoio efetivo de atualização da maquinaria, substituindo máquinas obsoletas por máquinas de ponta, implantando a racionalização moderna nos trabalhos de produção. A mobilização inteligente refletirá diretamente na produção e na produtividade. Mas para isso também serão necessários empregados com especialização. Por outro lado, de nada valerá um parque industrial moderno se o empresário não contar com capital de giro a custos razoáveis. O produto acabado haverá de ter preço competitivo. E isso somente acontecerá com produção a custos baixos. Todos os esforços deverão lançar foco sobre o custo operacional. E a terceirização será mais um componente valioso nessa busca. Todavia, é um componente que deverá conviver de forma mais ou menos harmônica com o componente social *trabalho*. E para isso há de se desprestigiar a ganância, o lucro sem freios, procedimento que desaguaria no uso irregular da propriedade, com distorção da sua finalidade social. A empresa deverá adequar o seu procedimento ao nível médio no consumidor em consonância com o poder aquisitivo.

10. DA TERCEIRIZAÇÃO E A ÓTICA MERCANTIL

Como já vimos antes, a terceirização veio para ficar e o seu desdobramento acontecerá em forma de leque, de maneira multiforme, com seqüências proteiformes ao sabor da realidade que inspirará cada época. A dinâmica das relações internacionais, o progresso tecnológico e científico por certo influenciarão na convivência dos mundos, heterogêneos nas suas necessidades internas, mas que marcam ponto comum na necessidade de convivência internacional.

A busca da superação de problemas no campo do comércio e da industrialização não pode e nem deve ser levada a efeito de forma atabalhoada e elegendo o lucro, o sucesso empresarial, o

sucesso econômico e financeiro do país como componente disperso e desatrelado do elemento social. O sucesso da empresa, o progresso do país, são metas perseguidas para que, alcançadas, revertam em benefício do povo, potencialmente consumidor e mola propulsora de todo o sucesso alcançado. Daí o respeito e a valorização imprescindível a um dos componentes da produção na figura do trabalhador. *O obreiro não pode ser considerado como uma mercadoria qualquer, nem como se fosse um instrumento ou máquina. Na época atual, os trabalhadores estão voltando a serem vistos como recursos humanos, ou capital humano* (Orlando Teixeira da Costa, in *O Trabalho e a Dignidade do Trabalhador*, Synthesis, 22/96, p. 26).

A terceirização deverá ganhar espaço em busca da racionalização da produção, da produtividade e do custo operacional reduzido e competitivo sem desmerecer o elemento trabalho na sua forma mais importante que é o trabalhador. A máquina, o progresso tecnológico e científico haverão de reverter em última instância na valorização do trabalho do homem e do seu crescimento interior.

11. DAS TENDÊNCIAS FLEXIBILIZADORAS

Vive o mundo atual um progresso tecnológico alcançado pelas indústrias na produção de bens e materiais. Esse progresso deve resultar em benefício da sociedade como um todo. Daí a tendência flexibilizadora que se impõe dia a dia, rompendo barreiras, insinuando-se nos mais variados setores, firmando novos conceitos, tecendo uma malha diretiva para uma nova realidade. Dessa flexibilização, não estarão imunes os direitos sociais, não para contabilizar perdas mas para adequar benefícios. Essa tendência que se universaliza também lança seus reflexos em solo brasileiro, pois atua como espécie de líquido corrosivo que se espalha por toda a superfície em que é derramado. Tem força dominante e vitalizante e busca a adequação de cada país a essa realidade universal. Lembra José Pastores (*A Flexibilização dos Mercados de Trabalho e Contratação Coletiva*, Ed. LTr., p. 22) que: *inúmeras medidas de flexibilização no campo das relações*

*industriais vêm permitindo diminuir a distância de produtividade existente entre os fabricantes de autopeças da Alemanha em relação à Inglaterra, Estados Unidos e Japão. Tais medidas envolvem mudanças nos tipos de contrato coletivo e na forma de remuneração da mão-de-obra. Os contratos se tornam mais curtos e mais próximos das empresas. E exemplo dos reflexos benéficos da flexibilização nos vem da Suécia, marcada que era por um sistema de relações de trabalho extremamente centralizado, baseado no princípio da solidariedade social, que permitia que os trabalhadores recebessem o mesmo salário pelo mesmo serviço, sem levar em conta a atividade ou a rentabilidade da empresa. Lembra Augusto Cezar Ferreira de Baraúna (in *A Terceirização à Luz do Direito do Trabalho*, Editora Direito, 1997, p. 28) que, a par da descentralização das negociações, a economia sueca começou a melhorar lentamente. Tanto o setor público como o privado passaram a perseguir ganhos de produtividade e a trabalhar a idéia de acrescentar suplementos salariais com base no desempenho dos funcionários. Os contratos locais, a participação nos lucros, o pagamento em ações e vários outros sistemas flexíveis de remuneração por resultado, começaram a conquistar uma grande parte das empresas suecas. O salário médio já é mais alto do que no tempo da negociação centralizada. Todas essas observações se aplicam também ao setor público, onde até mesmo a participação nos lucros vem sendo aplicada nas atividades dos governos locais.*

A legislação de um país deverá traduzir a realidade que o envolve naquele momento, daí o trabalho do intérprete que retira da letra fria da lei seiva vivificante capaz de compor aquela realidade. Lembra o mestre Amauri Mascaro do Nascimento (in *Tendências de Flexibilização das Normas Reguladoras das Relações de Trabalho no Brasil*, Synthesis, 22/96, p. 34) que: *No contexto atual do Direito do Trabalho no Brasil, existem condições que favorecem a flexibilização das leis segundo propósito de torná-las menos rígidas. É natural, porque são manifestas as pressões exercidas pelas novas exigências do desenvolvimento tecnológico e do processo produtivo, levando-o a aduzir à vocação tutelar, que marcou seu ordenamento, a função*

coordenadora dos interesses entre o capital e o trabalho. Lembra que: Reabre-se o debate sobre suas funções, ativado pelas novas realidades, como a economia de mercado, o desemprego, o trabalho informatizado, a terceirização, a privatização e outras". E conclui que: Não seria razoável supor que o ordenamento jurídico permanecesse indiferente e imune às circunstâncias que o cercam.

12. DO DIREITO COMPARADO

Como já vimos, a terceirização é um fenômeno mundial que ganha espaço em um mundo de tendências globalizantes onde as experiências de uns se lançam como parâmetros de outros na busca do ponto de equilíbrio dentro da realidade de cada país, onde são envolvidos aspectos da ordem política, econômica e social em consonância com o desenvolvimento de cada país. Num estudo sério de direito comparado, Sérgio Pinto Martins (ob. cit. p. 25) constata que existem países onde o trabalho temporário é expressamente proibido, como a Suécia e a Espanha. Outros países permitem, estabelecendo regulamentação legal para a questão, como a Bélgica, a antiga República Federal da Alemanha, a Dinamarca, a Noruega e a França, sistema que serviu de inspiração para a nossa Lei nº 6.019/74. Outros países existem que permitem a terceirização sem qualquer legislação sobre o assunto, como a Grã-Bretanha, a Suíça, a Irlanda e Luxemburgo, não existindo em tais países qualquer regulamentação. Na França, a preocupação com a *marchandage* surgiu após a Revolução Francesa. A legislação francesa não veda a intermediação da mão-de-obra, mas, a exploração do trabalhador, *marchandage*. Na Espanha, o art. 42 do Estatuto dos Trabalhadores permite a subcontratação, porém há responsabilidade solidária pelos encargos trabalhistas e pela seguridade social entre o tomador e o prestador dos serviços quanto aos valores não recolhidos. Na Alemanha, a terceirização se apresenta sob a forma de subemprego, principalmente nos setores de fabricação de automóveis, da indústria elétrica e eletrônica, da siderurgia e da química. Não existe lei específica sobre o tema e muitas das

relações são resolvidas pelos contratos coletivos. Na Itália, a Lei nº 264/49 proíbe a terceirização. E a Lei nº 1.369/60, art. 3º, estabelece que *os empresários arrendatários de obras ou serviços, inclusive os trabalhos de porte, limpeza ou conservação normal das instalações, que tenham de ser executados no interior de sua propriedade sob a organização e gestão do arrendatário, serão solidários a este no pagamento dos trabalhadores que deste dependam*. No México, a Lei Federal do Trabalho estabelece que é intermediário aquele que contrata os serviços de outras empresas para executar algum trabalho em benefício do empregador, considerando fraudulenta a contratação e responsável o tomador. A Argentina coíbe a intermediação da mão-de-obra, admitindo apenas a locação temporária de trabalhadores, prevendo solidariedade entre a empresa prestadora de serviços e a tomadora para efeitos trabalhistas e previdenciários. No Japão, foi criada a *Worker Dispatching Law*, de 1985, que poderia ser traduzida como lei do trabalhador subcontratado, com o objetivo de disciplinar a subcontratação. Existe, portanto, a possibilidade do trabalhador ser subcontratado e da empresa fazer a subcontratação. Os *dispatched workers* estão sujeitos à direção da empresa tomadora de serviços. Inexistirá vínculo de emprego com a empresa tomadora se observados os requisitos da lei de subcontratação. E nos países do sudeste asiático: Coreia do Sul, Taiwan, Hong Kong, Cingapura etc., é comum o uso da terceirização, a subcontratação e o emprego temporário com o objetivo de cumprir contratos de produção de mercadorias quanto a encomendas esporádicas, normalmente feitas pelas pequenas empresas.

13. DA FLEXIBILIZAÇÃO DAS NORMAS TRABALHISTAS

O ordenamento jurídico, como parte importante de um todo, também haverá de flexibilizar-se por imposição da própria realidade, pena de destoar e se tornar inservível às exigências da realidade social que se transmuda, obediente a uma força irresistível dos fatos sociais que se universalizam. E como bem coloca Amauri Mascaro do Nascimento: *Não seria razoável supor*

que o ordenamento jurídico permanecesse indiferente e imune às circunstâncias que o cercam. E acrescenta: Amplia-se a autonomia privada coletiva. Abrem-se espaços para os interlocutores sociais. Os contratos coletivos multiplicam-se como reação à intervenção do Estado. Os grupos sociais são fontes das próprias ordenações. O monismo jurídico está em descrédito e o pluralismo prestigiado. Aumenta o número de adeptos da flexibilização. Divergem sobre o significado. Para alguns, a diminuição do rigor de algumas leis que impedem maior eficiência do setor produtivo e do desenvolvimento. Para outros, não vai além de mero expediente, que esconde o propósito de diminuir direitos dos trabalhadores.

Como se vê, haverá sempre preconceito para com o novo, para com o desconhecido, mesmo porque o novo apresenta uma visão de incógnita, de apreensão; e com relação ao velho, já moldamos a convivência e aprendemos a superar os obstáculos e inconvenientes. Pontifica Amauri Mascaro do Nascimento que: *Há prioridades, a começar no Direito Coletivo que ainda não afastou os resíduos corporativistas.* Entretanto, em que consistiria a flexibilização em sede trabalhista, de filosofia protecionista do hipossuficiente, quando se verifica que o elemento trabalho, como fator da produção, nunca mereceu o devido respeito e o seu valor sempre foi colocado em patamar inferior ao do capital, resultando daí a inferiorização do trabalho assalariado. Tendo em realce a realidade universal, a flexibilização, na ótica de Sérgio Pinto Martins vem a ser um conjunto de regras que têm por objetivo instituir mecanismos tendentes a compatibilizar as mudanças de ordem econômica, tecnológica ou social existentes na relação entre o capital e o trabalho. Lembra o autor que: *A tendência da flexibilização é decorrência do surgimento das novas tecnologias, da informática, da robotização, que mostram a passagem da era industrial para a pós-industrial, revelando uma expansão do setor terciário da economia. (...) A flexibilização das normas do Direito do Trabalho visa assegurar um conjunto de regras mínimas ao trabalhador e em contrapartida a sobrevivência da empresa, por meio da modificação de comandos legais, procurando outorgar aos trabalhadores certos direitos mínimos e ao empregador, a*

possibilidade de adaptação do seu negócio mormente em época de crise econômica. E, para evitar o desprestígio de direitos do hipossuficiente de quem sempre é exigido muito mais do que em realidade poderia conceder, pondera o autor que: Para fiscalizar essa flexibilização, essa maleabilidade, é que o sindicato passa a deter o papel principal, ou seja, a participação nas negociações coletivas que irão conduzir ao acordo, ou à convenção coletiva de trabalho, de modo a permitir também a continuidade do emprego do trabalhador e a sobrevivência da empresa, assegurando um grau de lucro razoável à última e certas garantias mínimas ao trabalhador. É uma forma de adaptação das normas vigentes às necessidades e conveniências de trabalhadores e empresas. Disso resulta que deverá existir uma proteção ao trabalhador em geral, seja ele subordinado ou não, tanto o empregado, como também o desempregado. É nesse momento que começam a surgir contratos distintos da relação de emprego, como contratos de trabalho a tempo parcial, de temporada, de estágio, etc., prevê o autor.

14. A TERCEIRIZAÇÃO COMO FATOR DE RACIONALIZAÇÃO

A racionalização do trabalho na escala produtiva constitui busca incessante perseguida pelo empresário. Pois, é através da racionalização que o conjunto produtivo responderá às expectativas de produção e de produtividade aliado a um baixo custo do produto, salvo-conduto para o sucesso empresarial, desde que a tudo isso se alie também a excelência do produto.

A terceirização se traduz hoje em fonte estratégica com a qual poderá contar a empresa para atingir um índice elevado de racionalização, liberando-se de fases secundárias e terciárias do processo produtivo, reduzindo o seu núcleo operacional, com possibilidade maior de controle de qualidade. A terceirização trará também, com certeza, a maior especialização do empregado, uma vez que se dedicará a uma parte restrita do processo produtivo. E fatalmente existirão no mercado várias empresas com o mesmo objetivo terceirizado, sendo inevitável a concorrência entre elas. E disso resultará para a empresa tomadora o benefício da redução de

tempo no processo produtivo, a redução do custo e a excelência do produto final.

15. DAS CONSEQUÊNCIAS POSITIVAS E NEGATIVAS DA TERCEIRIZAÇÃO

Já vimos que a terceirização não se traduz em mero modismo passageiro, mas em fator capaz de contribuir para a racionalização do sistema produtivo. E juntamente com a flexibilização das normas poderá abrir caminhos para que o país possa se adequar ao inevitável processo de globalização. Alijar-se desse processo globalizado será permanecer na contramão da história. Entretanto, todo progresso, toda modificação traz consequências positivas e negativas, pelo que importante será o papel do legislador que deverá ter a sensibilidade de sentir e captar as necessidades que ligam capital e trabalho, interlocutores sociais, editando leis que propiciem a transição da forma menos traumatizante possível. Daí o perigo da *doutrina neoliberal* que se opõe à proteção do trabalho e pretende agir sobre um mercado de trabalho completamente desregulado. *Fundamenta-se no liberalismo coletivo ou laissez-faire coletivo. Proporciona o fortalecimento dos instrumentos de representação coletiva dos trabalhadores para compensar a perda dos mínimos legais* (Rosira de Nazaré Sidrim Nassar, in *Flexibilização do Direito do Trabalho*, Ed. LTr., 1991, p. 77). Como fatores positivos ter-se-ia: 1) a redução do núcleo produtivo, podendo a empresa dedicar-se com mais afinco à finalidade - fim; 2) redução do capital imobilizado, já que, com a cisão de etapas produtivas entregues a empresas terceirizadas, não haverá a preocupação imobilizadora de capital para a aquisição de maquinaria, resultando daí o aumento de capital de giro para injetar na atividade - fim; 3) retirada de atividades ociosas e muitas vezes dispendiosas do processo produtivo; 4) redução da folha de pagamento com o enxugamento do quadro funcional, com sensível redução dos encargos sociais; 5) Consequências benéficas: a) especialização do empregado com a redução do núcleo produtivo, quer na empresa tomadora, quer na prestadora terceirizada; b) diminuição do tempo na linha produtiva com

obtenção do produto acabado em menor tempo e possibilidade de atender demandas do mercado consumidor, sem a existência de *vácuo*. Quando um produto falta no mercado, um outro similar tomará o seu lugar; c) excelência do produto acabado propiciará a competitividade no mercado interno e externo, com reflexos positivos para o consumidor; d) concorrência entre empresas prestadoras de serviços com reflexos diretos na racionalização dos trabalhos; e) maior controle de qualidade, quer pela empresa prestadora, quer pela empresa tomadora. E tudo isso desaguará no objetivo primeiro que move todo e qualquer empresário, que é: f) redução do custo operacional. Lembra Sérgio P. Martins (ob. cit. p. 36) que a empresa poderá destinar recursos para pesquisa de tecnologia na criação de novos produtos. Haverá uma otimização de espaço físico com a retirada de pessoal e de material, com reflexos diretos nas condições laborais e ambientais, melhorando as condições de segurança e de saúde. E haverá a criação de novos empregos na terceirizada. Temos para nós que são fatores negativos na terceirização: 1) perda do emprego com maior rotatividade da mão-de-obra e consequências normais daí advindas com reflexos diretos sobre o trabalhador e sua família; sem o emprego, não terá salário e, sem salário, não terá possibilidade de sobrevivência digna direcionando para o desequilíbrio social. O desemprego refletirá imediatamente no poder aquisitivo global com a redução do poder de compra; com a redução do poder de compra, poderá haver desincentivo à produção, decorrendo, como consequência, a redução de empregos no mercado de trabalho. Não é preciso muito esforço para perceber que a perda do emprego é o pior acontecimento na vida do trabalhador; 2) o desemprego incentivará a redução de salário e o subemprego propiciará ambiente para o crescimento da economia informal, com redução de impostos e contribuição social. Todavia, o desemprego poderá ser minimizado com a criação de novos empregos pelas empresas prestadoras de serviços. Não se descarta também a possibilidade de alguns empregados especializados virem a constituir suas próprias empresas, até mesmo incentivados pela empresa tomadora. Para a empresa tomadora haverá o risco na escolha das empresas

prestadoras podendo incorrer na responsabilidade subsidiária ou solidária. A rotatividade da mão-de-obra poderá ter como consequência o enfraquecimento de certos sindicatos com a redução do número de associados que mudam de categoria.

16. DA TERCEIRIZAÇÃO E O SETOR INFORMAL

A terceirização poderá operar como fator incentivador do setor informal na medida em que o empresário perseguir a redução do custo operacional como objetivo primeiro, desviando-se do objetivo social da empresa. Na busca da redução de custos, o empresário poderá transferir etapas do processo produtivo a *empresas* do setor informal que seguramente terão possibilidade de oferecer aquela etapa do processo produtivo por preço reduzido, já que, sob o manto da informalidade, não pagam impostos, tributos, taxas e o tão falado encargo social. Vale aqui a preocupação demonstrada por Sérgio Pinto Martins (ob. cit. p. 38): *Um dos principais riscos da terceirização é contratar empresa inadequada para realizar os serviços, que não tem competência e idoneidade financeira, pois poderão advir problemas no futuro, principalmente de natureza trabalhista. Outro risco é o de pensar a terceirização apenas como forma de reduzir custos, pois se estes não forem alcançados ou no final a terceirização não der certo, implicará o desprestígio de todo o processo.* Lembra Romita (ob. cit. p. 275) que cerca de 47% da população economicamente ativa integram o setor informal. E que *O mercado informal de trabalho compreende dois grupos: 1º - o mercado informal tradicional, integrado pelos agentes não absorvidos no mercado formal em virtude de pequena oferta de empregos e que constituem a força de trabalho dita excedente; 2º - o mercado de trabalho subterrâneo, formado por pequenos microempresários que preferem manter-se à margem do mercado oficial para escapar aos encargos que a integração lhes acarretaria.* A inoperância dos nossos governantes que se negam a fazer uma reforma tributária, pois preferem a permanência do *status quo* em que são cobrados tributos escorchantes, é fator de incentivo eloquente ao crescimento do setor informal.

17. DA FUNÇÃO SOCIAL DO DIREITO DO TRABALHO

O Direito do Trabalho, mais do que qualquer outro ramo do Direito, está ligado diretamente aos acontecimentos sociais. As vicissitudes de uma política econômica boa ou má refletirá imediatamente sobre esse ramo do Direito. A sua função social é dar equilíbrio e convivência pacífica entre os fatores da produção: empresa, capital e trabalho. Mas para que possa cumprir a sua finalidade social deverá se atualizar frente às mutações da realidade e às exigências internas e externas num mundo que se tornou pequeno e no qual as relações técnicas, científicas e negociais se entrelaçam num universo globalizado. Tudo isso, entretanto, deverá ser buscado sem perder de vista a função social da empresa e o papel do trabalhador como fator da produção. A busca da melhoria social do trabalhador há de ser perseguida com afinco, quer com a democratização das relações entre empregados e empregadores, quer com a harmonização das normas frente a sazonais crises econômicas. Lamenta Ney Prado, *Economia Informal e o Direito no Brasil*, Ed. LTr. 1991 que: *as leis sociais, em vez de atenderem à realidade brasileira, têm servido para aprofundar o fosso que separa, cada vez mais nitidamente, os felizes empregados do sistema formal, que têm direito a tudo, até negar-se ao trabalho, dos infelizes trabalhadores informais, que não têm direito a nada*. Preleciona Arion Sayão Romita (ob. cit. p. 274) que *O Direito do Trabalho, entendido como o ramo do Direito que promove a composição dos conflitos de interesses oriundos da prestação de trabalho subordinado e a adoção de medidas que visem à melhoria da posição social dos trabalhadores, desempenha um relevante papel social, podendo ser utilizado como instrumento da política de emprego. O Direito do Trabalho, mais do que qualquer outro ramo do Direito, sofre influências no campo político, por exemplo, pela instauração do regime democrático em substituição a um regime autoritário, mas também das modificações operadas no ambiente social e na situação econômica*.

18. DO DIREITO DO TRABALHO NO BRASIL

Foi concebido sob a ótica de um trabalhador fragilizado frente ao poderio econômico. Com essa visão, coerentemente, foram criadas normas protetivas do hipossuficiente, compensando a fragilidade com normas jurídicas de proteção. Sob essa ótica filosófica, *A regulação das relações de trabalho baseava-se na crença de que elas representavam uma manifestação da luta de classes e no temor de que as repercussões dessa luta afetassem o conjunto da sociedade. A intervenção do Estado foi concebida como um meio de elaborar uma regulação detalhada das condições de trabalho, a fim de tornar desnecessária a atuação sindical e, por outro lado, de condicionar as partes a buscar no Estado a solução dos seus conflitos* (Romita, ob. cit. p. 274). A insegurança, em face do desconhecido, cria situações de apreensão e resistência às modificações. Mas cada qual haverá de ser o homem do seu tempo para que possa assimilar modificações próprias do progresso de uma sociedade com perfil que se molda a cada dia pelas grandes descobertas científicas e pelo avanço tecnológico. Novas exigências são impostas. O Direito do Trabalho atual se espelha no próprio fato social numa convivência diuturna. Nessa convivência integrativa, busca minar resistências entranhadas no âmago de preconceitos e vai dilapidar excessos num verdadeiro trabalho de reengenharia com o escopo de aprimorar a convivência entre capital e trabalho. E é esse Direito do Trabalho que se constrói para um mundo novo, que se depura na efervescência do fato social e que, muitas vezes, traz perplexidade aos estudiosos. Há que se vencer essa barreira sem perder de vista a função social da empresa e a importância do trabalhador como fator de produção. Como já dissemos, exige o progresso que cada qual seja homem do seu tempo para poder assimilar os avanços científicos e tecnológicos. Daí as lições de Rafael Caldera: *O Direito do Trabalho não pode ser inimigo do progresso. Não pode ser inimigo da riqueza, porque sua aspiração é que ela alcance um número cada vez maior de pessoas. Não pode ser hostil aos avanços tecnológicos, pois eles são efeitos do trabalho. Sua grande responsabilidade atual é conciliar este veloz processo*

de invenções que a cada instante nos apresenta novas maravilhas com o destino próprio de seus resultados, que deve ser ou não o de enriquecer unicamente uma minoria de investidores, de capitães de indústria, de executivos e auxiliares imediatos, mas sim o de gerar empregos que possam atender aos demais e oferecer a todos a possibilidade de uma vida melhor (apud Romita, A Terceirização e o Direito do Trabalho, LTr. 56 - 3/274).

19. DA AUTOMAÇÃO E O DESEMPREGO

Vira-se o terceiro milênio com rédeas soltas para a automação. A máquina passa a fazer o trabalho do homem com maior perfeição, segurança e precisão. Evidente que haverá impacto sobre o número de empregos quando se sabe que uma única máquina poderá, por vezes, substituir algumas dezenas de trabalhadores. Mas esse impacto poderá ser evitado ou, conforme o caso, revertido, por política bem direcionada com incentivo à produção, com a colocação de capital de giro a juros razoáveis, financiamento para a substituição de máquinas obsoletas ou sucateadas, evitando-se a recessão. Daí a colocação de Sérgio C. Buarque (*O impacto da informática sobre o Emprego no Brasil: um enfoque prospectivo*, São Paulo, Polis/Vozes, 1985, p. 107 e ss.) de que: *o próprio impacto social tende a atuar como elemento regulador e controlador do processo de difusão e de destruição de emprego, seja através da ação política, seja mesmo mediada por variáveis econômicas.*

Em verdade, o desemprego não se traduz numa conseqüência inexorável da automação só por si, mas é o resultado da automação em consonância com as condições sociais em que fora implantada. Se a realidade social é prestigiada por política econômica bem dirigida que descarte o ambiente recessivo, certamente o impacto será pequeno ou nenhum. Não existe o determinismo tecnológico em que a automação seja significado de redução de emprego. A tecnologia exigirá trabalhadores mais especializados com a tendência de valorização do trabalho humano. Oportuna, assim, a recomendação de Schmitz

(Automação Microeletrônica e Trabalho: A experiência Internacional, cf. Ruy Carvalho de Quadro - Org. Automação Competitiva e Trabalho: A experiência internacional, São Paulo, Hucitec, 1988, p. 132) de que deve-se ter em mente que este impacto social não é uma característica necessária da tecnologia e sim resultado das condições sociais e políticas sob as quais ela foi introduzida. A concepção de Cândido Guerra Ferreira e Rachel Fernandes Borges, apud Elias Norberto da Silva (A Automação e os Trabalhadores, Ed. LTr. 1996, p. 39) é de otimismo sob a ótica de que As chamadas teorias da compensação centram-se na concepção de que, com a automação, há um incremento da produtividade sobre a economia devendo-se, a médio prazo e a longo prazo, compensar a supressão imediata de postos de trabalho no interior da unidade ou mesmo do ramo de produção atingido pela Automação.

20. DOS ENCARGOS SOCIAIS E O IMPACTO ECONÔMICO

De tempos para cá, iniciou-se um movimento orquestrado no sentido de carrear para o trabalhador todos os ônus de custo operacional como se o trabalhador brasileiro não recebesse um dos piores salários do mundo. Dessa orquestração alentada com evidente exagero, passou-se a buscar saídas cerebrinas como a contratação sem registro em carteira, o incentivo de contratos por prazo determinado em quaisquer circunstâncias. Houve até quem dissesse que se deveria acabar com o décimo terceiro salário, com o repouso semanal remunerado e reduzir as férias. O Professor José Pastore (*Flexibilização dos Mercados de Trabalho e Contratação Coletiva*, Ed. LTr. 1995, p. 135) registra gráfico (Fonte: FIESP 1993) que indica sob a rubrica *encargos sociais do setor industrial* o percentual de 101,99. E acrescenta o autor que: “Além dos itens acima, as empresas têm várias outras despesas com eventos específicos e que atingem apenas uma parte dos trabalhadores, tais como: adicionais de insalubridade, periculosidade, ausências para alistamento militar, alistamento eleitoral, licença paternidade, licença maternidade, licenças para casamento, doação de sangue, luto em família e outras.

Acrescente-se em *outras* o art. 430 do CPP (jurado), afastamentos para manobras no *Tiro de Guerra*, pagamento de 2/3 do salário quando a convocação para manobras, exercícios, manutenção da ordem interna ou guerra, Lei nº 4.375/64, art. 61, servir de testemunha em juízo, art. 833 CLT, afastamento para cerimônias cívicas do Dia do Reservista, D. Lei nº 715/69, 30 dias de afastamento para inquérito por falta grave, art. 853 CLT, faltas justificadas, etc. Em se analisando o gráfico, verifica-se de imediato que ali estão somados *encargos sociais* com *direitos do trabalhador*. E embora dividido em grupos, acresceu-se ao grupo A, que representa na realidade os encargos sociais, o percentual de 8% do FGTS. Todavia, esse não é encargo social, mas direito do trabalhador que veio compensar a perda da estabilidade no emprego e a indenização dobrada. O gráfico serve, de maneira imperfeita, para indicar gastos que irão influir diretamente no custo operacional com o conseqüente encarecimento do produto. Mas não serve, na sua inteireza, como suporte à flexibilização, pena de eleger-se o trabalhador como *bode expiatório* e o *culpado por todos os males*.

Existe um consenso de que as relações negociais globalizadas exigem a flexibilização e a adequação da legislação à realidade mundial. Todavia, essa transição haverá de ser feita de forma inteligente e justa, não emocional ou preconceituosa.

Em artigo publicado no jornal *A Folha de São Paulo*, de 25-6-97, pp. 2-2, Márcio Pochmann faz uma análise sobre o tema e conclui que, na realidade, os encargos sociais não vão além de 20,07%, não se diferenciando muito, segundo o autor, do nível vigente nos países do G-7, o clube dos sete mais ricos do mundo. Acrescenta o articulista que o retorno, em atendimento social, dos 20% gastos nos países ricos é infinitamente superior ao que se obtém no Brasil com a mesma porcentagem.

Em recente depoimento na Subcomissão de Tributos e Orçamento da Câmara dos Deputados a respeito da reforma tributária, o publicista Ives Gandra da Silva Martins (*Uma Federação Insuportável*, in *Correio Popular*, Campinas, 27-7-97, p. 3) diz que: *Alertei-os de que o Brasil arrecada 31% de tributos em relação ao PIB, percentual próprio de nações desenvolvidas,*

mas não presta serviços públicos à sociedade, diferentemente do que ocorre nos países desenvolvidos. Em compensação, países emergentes, como o Brasil, que também não prestam serviços públicos de qualidade, têm uma carga média de 20%. Em outras palavras, nós temos uma carga tributária de país desenvolvido, que presta serviços públicos, mas temos serviços públicos de país emergente, que não tem carga tributária elevada. Disso resulta que as empresas são obrigadas no País, a pagar tributos para não receber serviços públicos e se autoprestar serviços nos mesmos níveis que os serviços públicos prestados pelos países em desenvolvimento, perdendo, pois, competitividade, seja em relação aos países desenvolvidos, seja em relação aos países emergentes.

Tem-se, pois, que o vilão da história não são os trabalhadores, mas o problema maior do País está no tamanho da Federação, superior às forças da sociedade para sustentá-lo, e no tamanho das máquinas administrativas de 5.500 entidades federativas, sorvedoras de todos os recursos gerados pelo povo.

Os encargos previdenciários são excessivos, quando se sabe que a União e muitos Estados e Municípios nunca efetuaram recolhimentos que seriam devidos e que a receita da previdência é manipulada com *repasses* de verbas para outras finalidades.

A flexibilização passa obrigatoriamente pela reforma tributária. A flexibilização que busca saídas apenas com enfoques trabalhistas é temerariamente estrábica. E não se pode pensar em redução de custo operacional num país que impõe ao seu povo uma das maiores cargas tributárias do planeta, que *inventa* impostos a cada dia, pulverizando o poder aquisitivo, que retira o poder de compra e onde os juros altos impedem a busca de capital de giro no sistema financeiro, determina a quebra de empresas e deságua no desemprego.

Como se vê, o poder de fogo dos empresários deverá ser em outra direção. Preocupados com o *jegue*, deixam passar o *leão*.

21. DA NECESSIDADE DE UM PACTO SOCIAL EM PROL DA FLEXIBILIZAÇÃO

O pacto social deverá envolver, obrigatoriamente, os atores sociais e o Poder Público. Em análise profunda e a salvo de preconceitos, poder-se-á eleger o caminho a ser seguido de forma a respeitar certos direitos dos interlocutores e a flexibilizar outros. Há que existir equilíbrio de forma a apenas menos quem pouco ou nada tem a dar.

Temos nas lições de Oscar Hernandez Alvarez (*O Pacto Social na América Latina*, Ed. LTr. 1996) que *o pacto social é uma prática de política social e econômica que vem sendo adotada em diversos países para enfrentar importantes problemas nacionais que, nas diferentes sociedades, são das mais diversas naturezas, desde as dificuldades decorrentes de uma crise ou depressão econômica até a forma de enfrentar as consequências de uma situação de bonança. Supõe, fundamentalmente, um compromisso dos atores sociais que, sem renunciar à defesa dos seus interesses específicos e contraditórios, se comprometem a adotar um comportamento mantido em limites que tornem possível a realização de certas políticas adotadas consensualmente para conseguir respostas às exigências da situação econômica e social. Com o pacto se busca que os atores sociais, em vez de manterem atitudes de confronto permanente e absoluto, cheguem a certas áreas de consenso que supõem a consecução, a médio e a longo prazo, de resultados vantajosos para ambas as partes e para a sociedade em geral. Alerta, todavia, que em face da diversidade e da magnitude dos problemas que envolve a crise, se requer uma negociação triangular, na qual o governo não se limite a desempenhar a função de mediador entre empregados e trabalhadores, mas participe ativamente na negociação, no sentido de que as linhas de sua política econômica e social façam parte das discussões nela compreendidas* (ob. cit. p. 26). Vale dizer que, no Brasil, o pacto social passa obrigatoriamente pela reforma tributária na qual se busque ampliar o universo dos contribuintes, com carga tributária menor e melhor distribuída. Enquanto isso não acontecer, não haverá clima no Brasil para o

pacto social. O empecilho maior para a flexibilização está no próprio governo que, ávido por receita, apenas o sistema produtivo, retirando-lhe a competitividade. Relega ao oblívio que o sistema produtivo é espécie de *galinha dos ovos de ouro* e que não se pode apená-lo sem que isso reflita sobre toda a população, com a alta do custo de vida, com o desemprego e com o desprestígio do social como um todo.

22. DOS LIMITES DA TERCEIRIZAÇÃO

Pergunta que surge é se a terceirização poderá estender-se também à atividade-fim. O ideal buscado pela terceirização é que a empresa se desvencilhe daquelas etapas secundárias e terciárias do processo produtivo para se dedicar de forma concentrada à atividade-fim.

Lembra Leonaldo Silva (*in Genesis*, Curitiba, 2 (12).568.591 - dezembro de 1993, p. 570) que a terceirização apresenta três estágios: 1) *Inicial* - Quando a empresa repassa a terceiros a prestação de serviços das áreas de apoio administrativo e social que são essenciais, não ligadas, porém, à atividade-fim da empresa, tais como: serviços de restaurantes e creches, manutenção em geral, limpeza e conservação, segurança e transporte; 2) *Intermediário* - Quando são terceirizadas atividades ligadas mais diretamente à função principal da empresa, por exemplo, assistência técnica de maquinário, manutenção de fábrica, usinagem de certas peças, etc.; 3) *Avançado* - Neste estágio inclui-se a denominada terceirização gerenciada, na qual são repassadas para terceiros atividades-chave da empresa, tais como: gestão de certos processos como implantação da qualidade total, algumas atividades de pesquisa e desenvolvimento ou, até mesmo, a gestão de outros fornecedores.

Observa Sérgio Pinto Martins (ob. cit. p. 39) que: *a terceirização tem sido feita principalmente em relação às atividades-meio da empresa para que a empresa terceirizante possa se dedicar mais à sua atividade-fim, ao objetivo principal do empreendimento. E arremata: O que será difícil admitir é a*

terceirização da atividade-fim do empreendimento, pois aí a empresa não estaria prestando serviços mas fazendo arrendamento do próprio negócio.

O Professor Octavio Bueno Magano (*in* Prefácio da obra de Ophir Cavalcante Júnior, cit.) pondera que: *O mundo atual encontra-se cada vez mais dominado pelo fenômeno da globalização, o que significa a necessidade de atuação em âmbito universal, em que a concorrência se torna cada vez mais acirrada. O Brasil não pode deixar de se preparar para a enfrentar. Para isso, precisa incentivar o melhor aparelhamento de suas unidades econômicas, sobretudo através de ganhos de produtividade. Para colimar tal desideratum não pode estabelecer limitações à terceirização.*

Todavia, é ainda o Professor Magano que preleciona que: *o verbo terceirizar usa-se modernamente para significar a entrega a terceiros de atividades não essenciais da empresa* (Folha de São Paulo, 18-6-92, p. 2, cad. A).

Haroldo Verçosa (*O Direito e Terceirização da Economia*) e Eduardo Gabriel Saad (*O trabalhador e a Terceirização da Economia*, Sup. Trab., LTr., S. Paulo, 89/93, p. 563) apresentam visão mais abrangente aí englobando também a atividade-fim.

Afirma Ophir Cavalcante Júnior (ob. cit. p. 73) que: *A terceirização não deve sofrer amarras ou rotulações. É fenômeno econômico que não pode ficar limitado às atividades acessórias, pois um dos traços característicos da economia moderna é o uso intenso da tecnologia mais recente, o que conduz à especialização dos serviços, permitindo maior produtividade. Desse modo, as atividades que não se inserem no âmbito da especialização da empresa devem ser transferidas a outras, em um sistema de cooperação ou parceria empresarial. Mas constata que: com o advento da globalização da economia ou da universalização dos mercados aliada às novas técnicas de administração, está cada vez mais difícil definir o que seja atividade acessória ou principal de uma empresa.* E cita como exemplo a indústria automobilística.

Embora não deva a empresa despojar-se de todas as suas atividades, pena de esvaziar o seu objetivo, a verdade é que haverá

situações em que será muito difícil separar a atividade-meio da atividade-fim. Elas estarão tão próximas e interdependentes que a separação poderá afetar o próprio comando na direção empresarial. De qualquer forma, em ocorrendo a hipótese, competirá ao empresário sopesar a conveniência ou não da terceirização, ainda que venha abrir mão de parte da sua autonomia direcional. A busca da produtividade, da excelência do produto, do menor tempo de produção, da redução do custo operacional não poderá ser obstada. Todavia, tudo isso há de ser resolvido sem perder de vista a razoabilidade e os seus reflexos sociais.

23. DAS CONSEQUÊNCIAS DA TERCEIRIZAÇÃO

Constata Armando de Brito que, no Brasil, segundo Manager Assessoria de Recursos Humanos, já se encontram terceirizados ou em fase de terceirização: 76,7% dos serviços de limpeza e conservação de ambientes; 70,0% dos serviços de preparação e distribuição de refeições; 66,7% dos serviços de vigilância e segurança patrimonial; 60,3% dos serviços médico-assistenciais; e 60,0% dos serviços de transportes de funcionários. E sob a ótica dos trabalhadores, o processo de terceirização tem trazido grandes danos, diz o diretor técnico do DIEESE, Antônio Prado, que apresentou o trabalho no Seminário: *Os Trabalhadores e o Programa Brasileiro de Qualidade e Produtividade*, na Universidade Estadual de Campinas (UNICAMP). Segundo o levantamento, em 72,5% dos casos, os benefícios sociais dos trabalhadores das terceiras contratadas são menores que os vigentes na empresa cliente. Também restou revelado que 67,5% dos níveis salariais praticados nas empresas terceiras são inferiores aos da contratante (*O Contrato Realidade e a Terceirização*, Ed. LTr. 58-2/135).

24. DOS DESVIOS NA TERCEIRIZAÇÃO

A mente humana é prenhe de idéias que poderão contribuir para o prestígio como para o desprestígio da terceirização. Hipóteses existirão em que o objetivo perseguido é fraudar o trabalhador com o rótulo da terceirização.

Ênio Rodrigues de Lima (Supl. Trab. LTr. 149/93) traz alguns exemplos em que a fraude poderá marcar presença: *a) uma empresa cria uma outra que irá absolver o seu setor de manutenção, que irá lhe prestar serviços com exclusividade; b) uma empresa contrata o serviço de outra, sem ampla e total autonomia da prestadora, que não direciona o trabalho, não assume os riscos da atividade e não aufere os lucros do empreendimento econômico; c) uma empresa ajusta um serviço com uma prestadora, cujo objeto social não guarda harmonia com a prestação do serviço ou com a execução da obra; d) uma empresa contrata um serviço de outra, e os empregados da prestadora ficam à inteira disposição da tomadora, que direciona o trabalho realizado, com amplo poder de mando e comando sobre aqueles, enfim, com ampla interferência no curso da execução da obra, de forma econômica e administrativa.*

Não nos parece, como quer Pedro de Alcântara Kalume (*Terceirização*, LTr. 58-3/287), que haverá fraude *quando os contratados para a prestação do serviço, dito de terceiros já foram empregados da empresa tomadora....* O empregado que já se desligou da empresa não guarda mais nenhum vínculo com a mesma, nada impedindo que seja contratado pela empresa prestadora de serviços. Em verdade, espera-se, na prática, que a redução de empregos pela empresa tomadora sejam absorvidos, em parte, pela empresa prestadora. A jurisprudência citada pelo Eminentíssimo articulista diz respeito ao *grupo econômico* o que modificaria a situação, uma vez que não se pode dizer que a empresa do grupo fosse *terceiro*, posto que empregador é a empresa na sua visão lata, art. 2º, § 2º, CLT.

A terceirização poderá ser lícita ou ilícita, dependendo do caminho que trilhar. A terceirização lícita é aquela que não se contrapõe às normas de proteção aos direitos dos trabalhadores.

Lembra Sérgio Pinto Martins (ob. cit. p. 103 e ss.) que: a terceirização poderá ser lícita ou ilícita. *A terceirização legal ou lícita é a que observa os preceitos legais relativos aos direitos dos trabalhadores, não pretendendo fraudá-los, distanciando-se da existência da relação de emprego. A terceirização ilícita é a que se refere a locação permanente de mão-de-obra, que pode dar ensejo a fraudes e a prejuízos em relação aos trabalhadores.* Conclui o autor que: *Para que a terceirização seja plenamente válida no âmbito empresarial não podem existir elementos pertinentes à relação de emprego no trabalho terceirizado, principalmente o elemento subordinação. O terceirizante não pode ser considerado como superior hierárquico do terceirizado, não poderá haver controle de horário e o trabalho não poderá ser pessoal, do próprio terceirizado, mas por intermédio de outras pessoas.*

25. DA TERCEIRIZAÇÃO NO SERVIÇO PÚBLICO

Com o escopo de privilegiar uma administração ágil e eficiente veio à luz o Decreto-Lei nº 200, de 25-2-67, que dispõe sobre a organização da Administração Federal e estabelece diretrizes para a reforma administrativa e comanda no seu art. 10 que: *A execução das atividades da administração federal deverá ser amplamente descentralizada. § 1º. A descentralização será posta em prática em três planos principais: (...) c) da administração federal para a órbita privada, mediante contratos e concessões. (...) § 7º. Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a administração procurará desobrigar-se da realização material das tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacidade a desempenhar os encargos de execução.*

A terceirização pelo poder público é salutar, posto que propiciará a desconcentração administrativa, entregando à conta de terceiros atividades de apoio. De forma exemplificativa, a Lei nº 5.645/70 previa a terceirização dos serviços de transportes, conservação, custódia, operação de elevadores, limpeza e outros assemelhados. Esse avanço foi de certa forma contido pelo Decreto nº 86.795/81. A Lei nº 8.666/93 (modificada pela Lei nº 8.883/94) lança incentivo à terceirização. Trilhando esse mesmo *iter*, a Lei nº 8.987/95, veio dispor sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos implementando o art. 175 da CF/88.

Evidente que o poder público não pode ir além da atividade de apoio, concentrando-se na atividade-fim. Jorge Hori (*in Terceirização no setor público*, Gazeta Mercantil de 3-9-92, p. 5, *apud* Ophir Cavalcante Júnior) em discorrendo sobre o tema aconselha que: *no setor público para identificar se a atividade terceirizante é fim ou meio, há necessidade de perquirir qual é a missão do governo. Por que e para que existe e é mantido. A partir das missões do governo é possível caracterizar as atividades que são essenciais ou estratégicas, para o seu cumprimento e que, portanto, não devem ser terceirizadas.*

Entretanto, a terceirização no setor público traz certas preocupações pelo modo nem sempre transparente em que tais contratos são realizados. A seriedade do poder público é colocada em xeque a cada momento por inúmeros escândalos que retiram a confiabilidade.

Daí a desconfiança da população tão bem enfocada pelo Ministro Armando de Brito *ob. cit.*, p. 137) quando, referindo-se ao Decreto-Lei nº 200/67, constata que: *a autorização, restrita à União e Autarquias, espalhou-se, com um benefício aparente de poder voltar-se o poder público para a sua atividade finalística, mas encobrindo a realidade com a comunhão de interesses de empresas e de administradores públicos, em não realizar concursos públicos e quiçá operar grandes negócios, gerando até casos de corrupção.* Cita o articulista, como exemplo reprovável o caso da Caixa Econômica Federal que chegou a contratar 17.501 estagiários com a finalidade de reduzir os seus custos com mão-

de-obra barata, relegando a criação de novos empregos, o que levou o Ministério Público a instaurar ação civil pública. Nessa mesma irregularidade incorrera o Banco do Brasil S.A., somente retrocedendo por força de inquérito instaurado pelo Ministério Público, quando então restou compromissado que o Banco iria dispensar em 180 dias a mão-de-obra locada para preencher vagas com funcionários concursados.

Tem-se, pois, que o poder público não prima pelo respeito à lei e à Carta Magna. E nos casos mencionados vinha descumprindo a Constituição e o direcionamento dado pela Excelsa Corte (MS.21.322-1-DF - Rel. Min. Paulo Brossard, DJU de 23-4-93), cuja orientação era a de necessidade de concurso para Cargos e Empregos Públicos, da Administração Pública Direta, Indireta e Fundacional.

26. DA QUARTEIRIZAÇÃO

Com o crescimento do trabalho terceirizado, a tendência será o aparecimento da quarteirização que, na prática, significa a criação ou a contratação de uma outra empresa para cuidar da parte gerencial das empresas terceirizadas ou prestadoras de serviços. Disso resulta que as empresas terceirizadas também abdicam daqueles serviços de gerenciamento, entregando-o a uma empresa terceira, conseguindo com isso um melhor desempenho gerencial. Daí resulta que, em termos, se a empresa quarteirizada ficar sobrecarregada com o gerenciamento, poderá abdicar de alguns serviços, elegendo nova empresa, criando-se a *quinteirização*, etc. Mas tudo isso dependerá daquilo que restar convencionado em contrato. A hipótese não é cerebrina mas de projeção de futuro. Como bem observa Sérgio Pinto Martins (ob. cit. p. 19) *tem-se entendido que há uma economia de recursos na contratação da referida empresa, que cuida desses fornecedores, com altos custos trabalhistas e previdenciários, que é o que se pretende minorar com a utilização da terceirização*. E isso fatalmente ocorrerá se não se *estancar a febre do marketing terceirizante* (Armando de Brito).

27. DA TERCEIRIZAÇÃO E ENFOQUES TRABALHISTAS

O Direito do Trabalho, a exemplo de outros ramos do Direito, deverá sofrer a influência de uma tendência globalizante que vem abrindo caminho através da flexibilização que tem entre os seus componentes a terceirização.

A terceirização tem sido vista com reservas por sindicatos e por trabalhadores já que, num primeiro momento, fatalmente determinará a redução de empregos. E como vimos no item 23, além de eliminar empregos, vem reduzindo os benefícios dos trabalhadores junto às empresas prestadoras de serviços em nível preocupante, 72,5%, aí incluindo também a redução de salários, 67,5%.

Não se pode, sob o argumento de modernização, embrenhar-se pela flexibilização e pela terceirização a qualquer preço. A busca democrática prevê a ordem econômica ancorada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa com o escopo de assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados, entre outros princípios, o da função social da propriedade e o da busca do pleno emprego, art. 193 CF/88. De resto, a ordem social tem como base o primado do trabalho e como objetivo o bem-estar e a justiça social, art. 193 CF/88. E a história político-administrativa do país com inúmeros planos econômicos fracassados, apenando sempre o trabalhador, retira do administrador público a confiabilidade que gostaria de ter. A busca de soluções compartilhadas até hoje não chegaram a bom termo uma vez que o poder público não aceita perder terreno no campo tributário e de encargos sociais. E a cada dificuldade surgida, a União e os Estados não se constroem em *inventar* um novo imposto ou de aumentar a alíquota daqueles já existentes. E como afirma Ives Gandra da Silva Martins (cit.): *o custo político da Federação maior do que o PIB, torna o Brasil, mesmo com estabilidade monetária provisória, um país de risco futuro*. Dentro desse panorama, é muito difícil buscar a parceria do trabalhador ou dos sindicatos para a chamada modernização, já que grassa o desemprego sem que o poder público demonstre real preocupação.

Por outro lado, com vistas somente no desempenho comercial, busca-se, sem as cautelas devidas, a redução do custo do produto com flexibilização perversa que relega a plano terciário a justiça social e a valorização do trabalho humano. Compreensível, portanto, o desabafo de Armando de Brito, Ministro do Tribunal Superior do Trabalho (*in O Contrato Realidade e a Terceirização*, Ed. LTr. 58-2/135) quando afirma que *Sob a capa da tão decantada modernização, já de triste memória na história político-administrativa recente deste País, fala-se em terceirizar em nome de uma enganosa modernidade. Busca-se substituir sólidos conceitos relativos aos direitos sociais e individuais, ao bem-estar, ao desenvolvimento, à igualdade e à justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna e pluralista fundada na harmonia social, pela sôfrega onda da terceirização a qualquer preço.*

28. DA FACILIDADE PARA A CRIAÇÃO DE SINDICATOS

O legislador constituinte por absoluta falta de conhecimento ou de inspiração modificou as regras para a criação de sindicatos e com isso propiciou o aparecimento de *pseudos sindicatos* sem qualquer representatividade, servindo assim, a todo tipo de vantagens de *pseudos sindicalistas*. Olvidou-se de forma lamentável das regras insculpidas no art. 512 da CLT, desde o nascimento da CLT, atropelou a própria realidade das coisas e relegou a plano terciário o fato de que a associação é a *célula mater* que antecede ao sindicato, depuração necessária para que se consiga a real representatividade de uma associação natural que está diretamente ligada à homogeneidade que liga os seus componentes, tendo em conta os limites de identidade, similaridade ou conexidade. E somente aquelas associações instituídas com o objetivo de estudos, defesa e coordenação de interesses econômicos ou profissionais, informadas por nexo de causalidade e de solidariedade, devidamente registradas, art. 558 CLT, hoje revogado, poderiam ser reconhecidas como sindicatos e investidas das prerrogativas definidas na lei. Essas regras foram

dizimadas pela inexperiência do legislador, transportando para a Constituição o fruto da sua inabilidade.

Com as atuais regras da Constituição, art. 8º, bastará a simples publicação de um edital de convocação de uma assembléia para a formação de sindicato, assembléia essa para a qual não se exige sequer *quorum*, e a obtenção do CGC na Receita Federal. Em reportagem feita pelo *Jornal da Tarde*, edição de 9-1-96, sob o título *Sindicatos Fantasmas*, afirma o Professor Octávio Bueno Magano que: *Existe hoje um verdadeiro banditismo no meio sindical, entidades que só funcionam em função de meia dúzia de privilegiados. Segundo o representante da força sindical, esses sindicatos são caso de polícia. Eles não têm representatividade alguma. É pura picaretagem para pegar o dinheiro do trabalhador*, opinião também esposada pelo representante da CUT. Os senhores constituintes propiciaram o estelionato no meio sindical. Urge, pois, que a falha seja corrigida.

Não é necessário muito esforço intelectual para concluir-se que tais sindicatos nada mais são do que uma *ação entre amigos* para buscar privilégios que a lei lhes garante, mesmo nascidos sob a égide da fraude. É bom que o Ministério Público do Trabalho comece a pensar no assunto, pois aí estão envolvidos interesses individuais homogêneos.

Com essa deterioração de representatividade, a defesa do trabalhador frente à flexibilização, a terceirização e a globalização fica comprometida.

29. DO SINDICATO E A POSIÇÃO DO NÃO ASSOCIADO

Dispõe a Constituição no art. 8º, inc. VI, que: *ninguém será obrigado a filiar-se ou manter-se filiado a sindicato*. E o art. 18 da Lei nº 5.584/70 dispõe que: *A assistência judiciária, nos termos da presente lei, será prestada ao trabalhador ainda que não seja associado do respectivo sindicato*.

Diante desse panorama legal e constitucional, causa espécie a atitude pretendida pelo Sindicato dos Metalúrgicos de São Paulo (filiado à Força Sindical) de alijar cerca de 200 mil trabalhadores

dos benefícios que viessem a ser conseguidos através de convenção coletiva (cf. *Diário Popular*, de 3-8-97). A truculência pretendida atropela o preceito constitucional e demonstra a total ausência de sensibilidade e de liderança para aboletar-se em pedestal ditatorial.

As lideranças sindicais, numa avidez incontida, buscam engrossar as receitas do sindicato pela força e pela coação, esquecendo a sua origem e a filosofia de proteção ao trabalhador, e não somente ao associado, filosofia essa que inspirou o Decreto nº 19.770 de 19-3-31, precedido de Exposição de Motivos do notável Lindolfo Cóllo, com a citação de *Fourgeaud: O regime sindical é o antídoto dos abusos do poder econômico. Entre as forças organizadas dos grupos econômicos, ele constitui o ponto de equilíbrio pela equivalência das forças cujas tendências antagônicas limita.*

A prosperar a investida, ter-se-ia dentro da mesma categoria funcional os trabalhadores de primeira classe que seriam os associados com direito a todos os benefícios, já que contribuintes obrigatórios do sindicato; de outro lado, ficariam desprotegidos os trabalhadores de segunda classe, castigados por ousarem resistir à filiação e que por isso não teriam direitos a nenhum benefício.

Todavia, se a ameaça tornar-se realidade, os aliados não terão outra alternativa senão buscar alento em outro lugar, não se descartando a criação de um outro sindicato. Entretanto, não acreditamos que o judiciário deixasse de aplicar os benefícios também aos não associados, embora excluídos pelos convenientes. Disso tudo fica a pergunta: onde fica o poder de persuasão do sindicato? Obviamente está diretamente ligado nos benefícios conseguidos e não na truculência.

30. DA SITUAÇÃO DAS MICROEMPRESAS

O art. 179 da Constituição permite às microempresas e empresas de pequeno porte um tratamento diferenciado no campo administrativo, tributário, previdenciário e creditício. O objetivo é

o de reduzir encargos dessas empresas já que não possuem o mesmo poder de barganha e de competição no mercado.

No campo trabalhista a situação se complica porque tudo aquilo que for firmado através de acordo coletivo, convenção coletiva e em sede de dissídio coletivo tem força abrangente de toda a categoria funcional e econômica da base territorial. Disso resulta que a possibilidade de assimilação de custos por uma empresa de grande porte não será a mesma da microempresa ou de uma empresa de pequeno porte. Qual seria a saída? Conforme noticiado pela *Folha de São Paulo* de 13-1-96 (Governo quer estimular emprego formal): *O governo quer abrir a possibilidade para que as micro e pequenas empresas tenham um acordo trabalhista diferenciado. Sob o argumento de que isso também reduziria os custos das micro e pequenas empresas com folha de pagamento.*

Evidentemente, essa não seria a melhor saída uma vez que seria permitida a criação de classes de trabalhadores que, embora pertencentes à mesma categoria, perceberiam menos benefícios e possivelmente um salário menor. A saída está na *desaceleração* do apetite tributário e previdenciário do governo. Bastará, pois, que se cumpra a Constituição com vontade política, reduzindo-se consideravelmente o ônus tributário e previdenciário ou até mesmo eliminado-o por determinado período, em dependendo da situação que envolver o setor.

31. DO CONTRATO COLETIVO

As relações laborais são hoje idealizadas em dois modelos básicos: o estatutário e o negocial. Para aqueles que, como o Brasil, elegeram o sistema estatutário, as regras laborais são todas previstas em lei, funcionando a negociação coletiva (acordos, convenções e sentença coletiva) como um complemento às leis já existentes. Do que resulta que existe uma previsão mínima com suporte na lei. Naqueles países que elegeram o sistema negocial, a autonomia da vontade das partes é explorada em sua plenitude e a lei atua em sede complementar, em sendo o caso.

O sistema estatutário traz, como consequência, um certo acomodamento por parte dos trabalhadores através dos seus representantes sindicais. E tudo que não é utilizado atrofia. E os sindicatos aboletaram-se numa cômoda posição perdendo a destreza e a combatividade esperada. Constata Álvaro Comin (Centro Brasileiro de Análise e Planejamento - CE - BRAP) que *a estrutura sindical brasileira, baseada em contribuições compulsórias e no poder normativo da Justiça do Trabalho, onde o trabalhador só poderá filiar-se ao sindicato de sua categoria, ofício ou ramo de atividade, provocou uma verdadeira pulverização de sindicatos pouco representativos. E essa condição, por sua vez, enfraqueceu o poder das centrais sindicais.* Daí o descrédito por que passam, com reduzido poder de persuasão, onde a realidade aponta para um índice reduzido de sindicalização, 17%, considerado baixo quando comparado com a média exibida em outros países, não perdendo o Brasil apenas para os Estados Unidos, 15,6% e França, 10,2%. O cientista político Leôncio Martins Rodrigues (*Gazeta Mercantil*, 18-10-95), professor da UNICAMP também vê um quadro de fragmentação sindical: *De uma certa forma, a possibilidade de o sindicato se sustentar em um grande número de filiados permite a criação desses inúmeros sindicatos fracos, que diminuem o poder das centrais trabalhistas.*

A flexibilização necessária para a adequação em um mercado globalizado tende a dotar um sistema misto de estatutário e negocial com predominância do negocial no decorrer do tempo, com período razoável para a transição de forma não traumatizante.

Fala-se muito em contrato coletivo no Brasil, mas não se conseguiu traçar os seus parâmetros. Não por negligência mas pela própria dificuldade que o envolve. O contrato coletivo exigirá uma maior liberdade de atuação entre os atores sociais, num país de dimensão continental com enormes problemas sociais e econômicos.

Lembra o Professor Pastore (ob. cit. p. 191) que: *Embora os sistemas negociais minimizem o papel da lei, os contratos coletivos não ficam inteiramente fora da legislação. Na verdade, existe uma interação entre ambas. Na França, Bélgica e Suíça,*

por exemplo, é comum transformar-se cláusulas de contratos em dispositivos legais depois de certo tempo de utilização. É imperioso mencionar, neste ponto, uma tendência de vários países em aumentar a legislação garantidora de proteção para demissões consideradas injustas (Krueger, 1991), assim como a ampliação dos programas mandatários para atender grupos específicos ou minoritários, tais como mulheres, deficientes, negros, homossexuais e outros. Isso se choca com a filosofia do contrato coletivo. As avaliações de tais regulamentações continuam carecendo de evidências comprobatórias do efeito protetor da nova legislação (O'Neill e O'Neill, 1992).

32. DO PODER NORMATIVO DA JUSTIÇA DO TRABALHO

A Justiça do Trabalho foi inspirada e criada na filosofia da conciliação. E tem exercido esse papel conciliatório com resultados excelentes, em que pese o descaso do Poder Legislativo e do Poder Executivo para com o Poder Judiciário como um todo. Aspiram a um Poder Judiciário subjugado e dócil às suas pretensões. Vivemos tempos de experiências em que cada governante *inventa* o seu plano salvador e no final quem paga a conta é sempre o mais fraco, hoje, cerca de 120 milhões. A febre globalizante de certos seguimentos se eleva a parâmetros incontroláveis que leva alguns incautos a defender *O sagrado direito de demitir* (*Jornal da Tarde*, 5-5-97) e de criticar decisão do *STF* (*O problema do Judiciário*, *Jornal da Tarde*, 24-2-97). Daí, agora, a investida contra o poder normativo.

O poder normativo da Justiça do Trabalho funciona como espécie de posto avançado que se traduz em último reduto para a autocomposição, sempre que os ânimos se acirram em setores localizados, determinando, momentaneamente, o desequilíbrio entre capital e trabalho. A presença do tribunal, no exercício do poder normativo, em tais circunstâncias se faz necessária não só para compor as partes em desavença, mas, principalmente para proteger interesses difusos ou coletivos, já que o conflito no setor bancário, no setor de transportes coletivos, no dos portuários, etc., ofende a população da base territorial como um todo. Como bem

disse o Juiz Délvio Buffulin, Presidente do TRT da 2ª Região, o poder normativo *pode ser comparado a um amortecedor entre os interesses do capital e do trabalho*. É o último reduto em que desaguam os conflitos entre capital e trabalho.

Prevê a Constituição, art. 114, § 1º, que: *frustrada a negociação coletiva, as partes poderão eleger árbitros*. Na prática, a negociação coletiva não tem tido sucesso e dificilmente as partes concordam na indicação de árbitro. Em *recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho* (§ 2º). Resulta que o *capital* sempre está em situação privilegiada, pois regra geral resiste à negociação, frustra a arbitragem e, com isso, ganha tempo até que se resolva o impasse via dissídio coletivo. Mas, entre o impasse e o dissídio coletivo geralmente permeia a greve que reflete nos interesses difusos. Daí a inarredabilidade do poder normativo.

O que verificamos atualmente é a total insegurança dos nossos governantes incompetentes para o mister na sua grande maioria, inapetentes para a tomada de providências quando politicamente não lhes interessa. No *torvelinho da globalização*, giram em círculo sem saber o que se fazer e acabam por idealizar o país dos sonhos refletido no espelho do primeiro mundo de onde são devolvidas imagens distorcidas. A síndrome globalizante poderá conduzir ao espelho ardente ou ustório que levou Arquimedes a incendiar a frota de Marcelo em Siracusa e Proclo, engenheiro do Imperador Anastácio, a promover o incêndio de Constantinopla. Salutar é a busca do crescimento controlado, com o fortalecimento da empresa e a obtenção de justiça social. Mas isso não pode ser feito de forma atabalhoada como se os fins justificassem os meios. E os resultados já são danosos com o desemprego, quebra de empresas e com o sucateamento do parque industrial.

A flexibilização e a globalização em nosso país não podem perder de vista que, no Brasil, o custo da mão-de-obra é de US\$ 2,5 (aí incluídos os pagamentos indiretos e encargos tributários), enquanto na Coreia alcança cerca de US\$ 5,0, nos Estados Unidos é

superior a U\$ 19,0 e no Japão situação em torno de U\$ 16,0 (Maria da Conceição Tavares, in *Os mitos sobre o desemprego* - Jornal *A Folha de São Paulo*, de 11-2-96). Daí a imagem distorcida que o espelho do primeiro mundo reflete e a visão realística do Ministro do TST, Ermes Pedro Pedrassani (*Desconsideração da personalidade*, Jornal *O Estado de São Paulo*, de 3-9-96): *As propostas globalizantes trilham a via do ecumenismo econômico, ainda nos passos vacilantes do mercado comum, mas não podem ignorar as peculiaridades de cultura, na origem, e na formação dos povos, de modo a invadir seu íntimo individual e atrelá-los, como animais, aos ditames de novos Führes da modernidade. Vamos aos resultados é a fórmula contemporânea de transformar a população em rebanho. Objeto, e não sujeito de direito, logo, desapossado do leme da própria vida e submetida à vontade alheia, desamparada, ao deus-dará, sujeita desde o abandono das gerações até o extermínio puro e simples, conforme bater a conveniência do resultado.*

A Justiça do Trabalho é o mais nobre ramo do Poder Judiciário, justiça especial com juízes especiais, que não se isola na equidistância das partes, mas que se faz presente de forma concreta, atuante e que, por isso mesmo, incomoda. No Brasil, é um ramo novo e irreverente na busca da justiça e do equilíbrio entre o capital e o trabalho. Seus juízes lidam com a própria sobrevivência do trabalhador e daí a sensibilidade epidérmica que os liga ao fato social vivenciado na sua origem. Nas palavras de Kelsen: *não vive nas esferas das abstrações, mas que, por sua permanente experiência vital, sente a realidade que palpita além das atas e dos termos processuais.*

O poder normativo se traduz na própria Justiça do Trabalho, como fogo e calor, numa integração vital para a garantia do trabalhador. E como bem diz Batalha (LTr 59.10.1319): *Em nosso País, a supressão do poder normativo e a sua substituição pela mediação e arbitragem, independente de homologação judicial, seria um retorno às convicções do Código de Comércio de 1850, ou seja, um retorno de 150 anos em nossa realidade jurídico-social.* E com isso, as vozes roucas das ruas seriam coadjuvadas pela voz rouca da Justiça.

33. DA TERCEIRIZAÇÃO SOB A ÓTICA LEGAL E JURISPRUDENCIAL

1. *Lei nº 8.955, de 15-12-94*, que cuida do *franchising* se traduz em espécie de terceirização, já que através desse tipo de contrato oportuniza-se a criação de novas empresas pelo sistema de franquias em que a empresa franqueadora faz a colocação dos seus produtos. Poderá haver ligação com o direito do trabalho dependendo da forma em que relacionem as empresas franqueadoras e as empresas franqueadas. Suponha-se que a franqueadora controle e ainda dê parâmetros para a contratação de empregados pela empresa franqueada. Suponha-se, ainda, que a franqueada seja empresa individual que não tenha autonomia para dirigir o seu negócio, havendo, pela franqueada, controle de horário, com prestações de contas periódicas. Conforme o caso, poderá vislumbrar-se a relação de emprego.

2. *Do art. 455 da CLT* - Cuida-se aqui da subempreitada, contrato de natureza civil. A subempreitada *nada mais é que uma espécie de contrato de empreitada. Uma ou várias empreitadas se repetem dentro da empreitada principal*. A subempreitada é reconhecida como *contrato de marchandage* e o subempreiteiro é o *marchandeur*. Exige-se, por isso, para a subempreitada, a reunião de três partes contratantes: a) o empreiteiro principal; b) o *marchandeur*; c) os operários (...) que executam o trabalho (Russomano, *Comentários à CLT*, Konfino, 1955, p. 560). A terceirização aqui é permitida com a responsabilidade solidária do empreiteiro principal o qual terá ação regressiva contra o subempreiteiro.

3. *Do Enunciado nº 257 do TST* - que permite a contratação de vigilante por intermédio de empresas especializadas, sem classificá-lo como bancário.

4. *Do Enunciado nº 239 do TST* - diz que é bancário o empregado de empresas de processamento de dados que presta serviços a banco integrante do mesmo grupo. O objetivo foi o de coibir abusos. Mas com o advento do enunciado, as empresas de processamento de dados passaram a prestar serviços ao grupo e

empresas fora do grupo e nada impede que também sejam bancos. A terceirização permite jornada de 8 horas para quem desenvolve serviços próprios de bancários.

5. *Do Enunciado nº 331 que reviu o de nº 256 do TST* - O Enunciado nº 256 permitia a contratação de mão-de-obra através de contrato temporário (Lei nº 6.019/74). Existe aí apenas um artifício, posto que a terceirização está evidente, já que os serviços são efetuados pelo trabalhador temporário, nas dependências da tomadora. Preferível que em tais casos, pudesse a empresa tomadora contratar diretamente os empregados.

O Enunciado nº 331 do TST em verdade não reviu o de nº 256, mas equacionou-o com demais hipóteses de forma didática.

Todavia, ao permitir a contratação irregular pelo poder público, com empresa interposta, sem a geração de vínculo empregatício, acabou por incentivar o abuso na contratação. E mais, piorou, quando a mais alta Corte trabalhista passou a exigir do ente público apenas o pagamento de *salário*.

É verdade que não se pode conceber o vínculo empregatício, com ente público: União, Estados, Municípios, Territórios e Distrito Federal, aí incluídas autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista, sem malferir o comando do art. 37 da CF, inc. II, que exige a prévia aprovação em concurso, pena do Judiciário Trabalhista referendar a ilegalidade de contratação com porta aberta para o inchamento da máquina administrativa com apaniguados políticos. Entretanto, pela ordem natural das coisas e pelo exercício da razoabilidade, é de exigir-se que o ente público, que desprestigia a lei, quando deveria ser o primeiro a dar exemplo, seja condenado a pagar os consectários devidos de um contrato normal sob a forma de indenização, art. 159 CC, mesmo porque não se pode devolver ao trabalhador a força despendida no labor. E já perde todo aquele tempo que não será contado para a jubilação.

6. *Do trabalho realizado no domicílio do trabalhador* - Embora normatizado no art. 6º da CLT, hoje é muito utilizado para mão-de-obra ociosa com trabalho, em horas vagas por

membros da família, sem qualquer fiscalização ou exigência de tempo para entrega.

O inc. III cuida da terceirização nos serviços de vigilância (Lei nº 7.102, de 20-6-83), de conservação e limpeza, bem como a dos serviços especializados ligados à atividade-meio do tomador, desde que inexistente a pessoalidade e a subordinação direta.

7. *Da gestão de mão-de-obra do trabalho portuário avulso* - Normatizada pela Lei nº 8.630, de 25-2-93 que, através de um órgão de gestão, administra o emprego da mão-de-obra do avulso. O trabalho avulso não implica vínculo empregatício, art. 20. Mas a competência é da Justiça do Trabalho, art. 643 CLT.

34. DA ECONOMIA INFORMAL

A realidade das coisas atropela o comando legal sempre que este se mostre impotente para geri-la. A economia informal é uma reação veemente contra a incompetência da administração pública. A realidade provoca uma força latente de tal intensidade que se torna impossível contê-la. Nesse clima inóspito, surge a economia informal como válvula de escape para diminuir tensões e apaziguar os ânimos. Os países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento encontram na economia informal uma espécie de redutor de tensões, uma vez que ela provê novos *empregos* e garante o giro da economia e das riquezas. Mas, se age de forma benéfica por um ângulo, por outro traz consequências danosas nas condições sociais como um todo e a sonegação de impostos. Todavia, age como verdadeiro termômetro a indicar as incorreções da política econômica e/ou a avidez na cobrança de impostos e encargos sociais. A intensificação da economia informal poderá provocar imprevisíveis consequências sociais.

Sobre o tema, adverte o Ilustre autor Ney Prado (*Economia Informal e o Direito no Brasil*, Ed. LTr. 1991, pp. 9 e ss.) que, entre as seqüelas advindas, está *a paulatina desmoralização do sistema normativo oficial*. E *com a desmoralização do sistema, com essa percepção popular de ilegitimidade, fragiliza-se a tessitura social, instala-se a insegurança jurídica e, com ela, até a*

ameaça do caos. E lembra que esse esforço de compreensão pode pôr em evidência o expressivo potencial positivo que ela apresenta, para que se afaste apenas aquilo que for de todo inaproveitável, por incompatível, com as grandes matrizes históricas de valor da sociedade. E prossegue o autor que: É inegável que muitos desses valores assentados também estão presentes na economia informal que é, afinal, na expressão de Hernando de Soto uma resposta popular espontânea e criativa ante a incapacidade estatal.... São, portanto, componentes éticos, altamente valiosos e aproveitáveis, as suas alternativas de liberdade e de competição.

35. DO TREINAMENTO DE FUNCIONÁRIOS

Existe um consenso de que a robotização terá influência direta na aceleração do desemprego. Segundo José Pastore (*Robotização e desemprego*, Jornal da Tarde de 31-1-96) com suporte em estudo levado a efeito sobre o emprego na Alemanha por Edler e Tatjana Ribakova (*The Impacty of Industrial Robots on the Level and Structure of Employment in Germany, Thechnological Forecasting and Social Change*) em onze tipos diferentes de robôs industriais no período de 1980 a 2000, constata que: *a introdução de robôs ao longo do tempo resulta numa redução de emprego. Essa redução é muito modesta no início, mas se acelera rapidamente durante o processo de difusão. Sem os efeitos compensatórios, os robôs reduzirão 180 mil empregos no ano 2000. Com os efeitos compensatórios isso cairá, respectivamente, para 14 mil e 48 mil. Tem-se que a redução de emprego ocorrerá nos setores automobilísticos, mecânico e elétrico (soldadores), metalurgia, operadores de máquinas e montadores. E conclui: Em suma, os robôs provocam mudanças dramáticas no nível e na estrutura do emprego. Mesmo assumindo os efeitos compensadores, a robotização mais destrói do que cria empregos. Os profissionais de baixa qualificação sofrem mais. Os mais qualificados têm uma grande chance de se beneficiar da nova tecnologia. Adverte, todavia, que a antecipação dessas tendências é de fundamental importância para uma política de formação de*

mão-de-obra. Isso vale para qualquer país, até mesmo para o Brasil. Urge, pois, que o governo federal enfoque a especialização do trabalhador nacional como meta prioritária, fazendo bom uso do Fundo de Amparo ao Trabalhador. A Resolução CODEFAT nº 109, de 1º-7-96 não aponta para a especialização, mas se preocupa com a alocação de recursos para o *BND*S. E a Lei nº 7.998, de 11-1-90 que instituiu o *FAT* concentra a preocupação com o custeio do Programa Seguro-Desemprego, pagamento de abono salarial e programa de desenvolvimento econômico (art. 10). A especialização é forma de propiciar o retorno do trabalhador ao mercado de trabalho e de neutralizar o gasto com seguro-desemprego.

Felizmente, enquanto o poder público pouco ou nada faz para minimizar essa carência nacional, empresários com aguda visão de futuro tomam a dianteira e destinam cerca de 1% do faturamento para a implementação de arrojados projetos de educação, constroem universidades e laboratórios e desafiam instituições de ensino renomadas.

Em reportagem feita pelo Jornal *O Estado de São Paulo* (Caderno de Empregos), de 10-8-97, p. 16, constata-se que já existe um movimento empresarial ligando o treinamento dos seus funcionários às estratégias de mercado na perseguição da meta que tornará dezesseis vezes maior o faturamento atual de U\$ 1 bilhão até o ano 2.010, o Grupo Amil, destina U\$ 10 milhões por ano na formação dos sete mil funcionários, criando também a Master Business Administration, o ABA (Amil Business Administration). A Cervejaria Brahma também tem o seu MBA: O Master Brahma Administration. São dois programas de pós-graduação, de 480 horas, nas áreas Comercial e Fabril.

O trabalhador brasileiro deverá ser adaptado à nova tecnologia que avança a passos largos com visão universal. Para isso, também é necessário que se invista na educação como um todo. O empregado analfabeto ou semi-analfabeto se traduz em óbice à especialização.